DISSERTATIO JVRIDICA INAVGVRALIS,

DE
JVRE CONSVETV-DINARIO,

QVAM
RECTORE VNIVERSITATIS MAGNIFICO,

DN. TOBIA JAC. REINHARTH,

JCTO, FACVLT. JVRID. DECANO, ASSESS. ET PROF. PVBL. ORD.
ILLVSTRISSIMI S. R. I. COMITIS DE GLEICHEN ET HAZFELD CONSILIARIO,
NEC NON EJVSDEM CANCELLARIÆ ET CONSISTORII BLANCKENHAIN.
DIRECTORE, CIVITATIS ERFORDIENSIS STNDICO
ET CONSVLE,

EX DECRETO ET AVTORITATE
MAGNIFICI JCTORVM ORDINIS
IN HAC PER-ANTIQVA VNIVERSITATE
SINE PRÆSIDE

PRO GRADV DOCTORALI

PVBLICO ERVDITORVM EXAMINI SISTIT

ANTONIVS HENRICVS SIMON,

Sereniss. Duc. Sax. Coburg. Saalfeld. Aul. Adv. Ord.

IN AVDITORIO JCTORVM MAJORI
AD DIEM XVII. MAJI, M DCC XXXV.

ERFORDIÆ,
Typis JOH. CHRISTOPH. HERINGII, Acad. Typogr.



PER-ILLVSTRI GENEROSISSIMO ATQVE EXCELLENTISSIMO

DOMINO

FRANC. RVDOLPHO
L. B.
DE SCHMIEDEL,

SERENISS. DVC. SAX. COB. SAALFELD. MARESCHALLO GRAVISSIMO,

VT ET

ILLVSTRI EXCELLENTISSIMO CONSVLTISSIMOQVE

DOMINO

FRIEDER. ERNESTO BRVMHARDT,

SERENISS. DVC. SAX. COB. SAALFELD. CONSILIARIO SPLENDIDISSIMO,

VIRIS DE AVLA ET REPVBL. MERITISSIMIS,

PATRONIS SVIS OMNI VENERATIONIS
CVLTV PROSEQVENDIS
HANC DISSERTATIONEM INAVGVRALEM
IN
GRATI ANIMI TESSERAM
SVBMISSO ANIMO ET DEVOTIONE
OFFERT
STVDIAQVE SVA VLTERIORI PATROCINIO
COMMENDAT

obſervantiſſimus cliens
ANTONIVS HENRICVS SIMON.



DISSERTATIO IVRIDICA INAVGVRALIS

DE

IVRE CONSVETVDINARIO.

§. I.



Vs condendarum legum ad eum Solummodo pertinere, qui Summa in Republ. poteſtate gaudet, tralatitium, & præter multos alios à PVFENDORFIO. (1.) perſpicue commonſtratum eſt. Quemadmodum autem leges voluntatem imperantis, & quid hic in Salutem Reipubl. fieri, omittive velit, ſubditis patefaciunt, voluntas vero ab hominibus in univerſum tam *verbis* S. expreſſe, quàm factis S. tacite declarari poteſt: ita inde ultro conſequitur, leges quoque vel *expreſſe* ab imperante promulgari, vel *tacita* ejus voluntate conſtitui.

(1.) *de Jure N. & G. Lib. VII. C. 4. §. 2.*

§. II.

Priori casu, ubi *expressa* imperantis voluntate lex conditur, id iterum fit vel verbis *ore prolatis*, vel Scripto comprehensis. Si verbis *ore prolatis* lex fertur, tum *juris traditi* nomine ea venire suevit. Istud quippe finiente BOEMERO (1.) nihil aliud est, quam *jus ab initio expresse quidem, non vero per scripturam, promulgatum statimque memoriæ mandatum, & traditione ad posteros translatum.* Atque tale jus in Lacedæmoniorum quondam Republ. obtinuit, si quidem LYCVRGVS, prout ex PLVTARCHO refert THOMASIVS (2.) in Rhetris suis inter alia expresse cavit, ne legibus scriptis illi uterentur. Unde etiam JVSTINIANVS Imperator (3) tradit, Lacedæmonios magis ea, quæ pro legibus observarint memoriæ mandasse: & ex CRAGIO notat EVERARD. OTTO (4.) quod TERPANDER & TYRTÆVS leges Lacedæmoniorum versibus complexi sint, ut ad musicos modulos decantarentur, & ita animis civium imprimerentur. Simili propemodum instituto Germani veteres usi sunt, apud quos ut pote literarum expertes, leges haud scriptas, sed memoriæ mandatas & per carmina, quæ memorante TACITO (5.) unum apud illos memoriæ & annalium genus erant, conservatas fuisse, recte docet BOEHMERVS (6.)

(1.) *ad §. 3. I. d. I. N. G. & Civil. & in Introduct. in Jus Digest. Lib. I. Tit. 3. §. 18. Eodem fere modo jus traditum delineat* LYNCKER. *in Anal. ad Dessel. lib. I. Tit. 4. rubr.*

(2.) *in Dissert. de morum cum jure scripto contentione §. 37.*

(3.) *in §. 10. I. de I. N. G. & Civ.*

(4.) *in Comment. ad c. §. 10. I. d. I. N. G. & Civ.*

(5.) *de Moribus Germ. Cap. 2.*

(6.) *in Jure Eccles. Prot. Lib. I. Tit. 4. §. 13. circa f. junct. §. 11. in f.*

§. III.

§. III.

Quemmadmodum vero traditio, ſive perpetua ejusmodi & quaſi de manu in manum ad poſteros derivata relatio, in genere fidem ſolum hiſtoricam operatur, & experientia nimis crebro teſtatur, fabulas quoque ea ratione facillime propagari: ita inde confido, ante omnia in veritatem traditionis ſedulo inquirendum eſſe, ne eadem nobis imponat, & pro veris falſa perſuadeat. Sic pervulgata quondam fuit traditio LOTHARIUM II. Imperatorem ſtudium iuris Juſtinianei, Seculo XII. etenebris iterum eruti, in ſcholas & fora reduxiſſe, ac præterea, ut abrogatis omnibus aliis Legibus jus illud ubivis obſervaretur, *peculiari conſtitutione* ſanxiſſe: quod tamen a vero alienum, talemque legem a Lothario II. nunquum promulgutam eſſe evidentiſſime demonſtravit CONRINGIUS (1.) ſimiliter de OTTONE III. Imp. conſtans olim fuit opinio, quod lege expreſſe lata caverit, ne quis in Regem Germaniæ eligeretur, niſi ex parentibus Germanis natus eſſet, ad quam legem poſt CUSPINIANUM (2.) & MUTIUM, (3.) HEIGIUS, (4.) LIMNÆUS, (5.) SCHÜTZIUS (6.) alii provocant. Verum cum Ottoniana iſta conſtitutio nuſpiam reperiatur, & neque DITHMARUS, ſcriptor coævus, neque alius ad ea tempora propius accedens hiſtoricus, ejusdem meminerit, traditionem iſtam non immerito falſitatis arguunt KULPISIUS, (7.) RUMELINUS, (8.) OBRECHTUS, (9.) cæteri. Nec minus de RUDOLPHO I. quondam exiſtimatum fuit, quod anno 1274. peculiari lege ſtatuerit, ut poſthac ob inſcitiam Nobilitatis, Principum & Pontificum Edicta atque privilegia in Teutonum lingua ederentur: quod tamen recte in dubium poſt alios vocat HERTIUS. (10.) Ex diverſo cum CAROLUS IV. Imperator in Aurea Bulla (11.) adfirmat, ſe ex clariſſimis relationibus & traditionibus antiquorum inveniſſe, Regis Romani futuri Imperatoris primam coronationem Aquisgrani factam eſſe: iſthanc traditionem veram & optime

fundatum esse PFEFFINGERVS (12.) atque LVDEWIGIVS (13.) evicerunt.

(1.) *de Orig. Jur. Germ. Cap. 21. & 22.*
(2.) *in Ottone III.*
(3.) *in Chron. lib. XIV.*
(4.) *Part. I. quæst. 5. n. 22. 23.*
(5.) *in Jur. Publ. l. 2. c. 2. n. 83. junct. Addit. T. II. ad cit. l. p. 6. seqq.*
(6.) *in Colleg. de statu Rei Rom. Vol. I. Ex. 2. th. 9. lit. c.*
(7.) *de Observant. Imper. §. 17-21.*
(8.) *ad Aur. Bull. Dissert. 4. §. 23. in Coroll.*
(9.) *de Elect. Imper. §. 4-7.*
(10.) *de Fide Diplom. Germ. §. 2.*
(11.) *Tit. XXIIX. §. 5.*
(12.) *in Not. ad Vitriar. T. I. p. 888-890.*
(13.) *in Comment. ad Aur. Bull. T. II. p. 449.*

§. IV.

Quoniam igitur traditio medium quodammodo fallax & inidoneum est, leges ore prolatas & voce forte Præconis publicatas conservandi atque ad posteros transmittendi, si quidem ea ratione non solum juxta modo dicta falsæ sæpe numero leges fingi, verum etiam memoria hominum facile excidere queunt: hinc aliarum gentium Legislatores voluntatem suam in scripturam redigere, & verbis scripto comprehensis, sibi subjectis indicare maluerunt, eoque casu leges expresse conditæ *juris scripti* nomine indigitari solent, quippe quod nihil aliud est, quam *jus in scripturam redactum, & per scripturam ab imperante* promulgatum. Sic de Athenienfibus testis est Imperator IVSTINIANVS (1.) quod ea, quæ in legibus scripta comprehendissit, custodierint, cum SOLON celeberrimus eorum Legislator non insubide censuerit, jus vel ideo scriptum esse oportere, ut præcepta legum civibus

ob oculos verſarentur, obſervante EVER. OTTONE (2.) Apud Rom. idem obtinuiſſe, eosque more Athenienſium leges promulgatas, ac æri deinde ad perpetuitatem inciſas publice pro roſtris propoſuiſſe, idem teſtatur OTTO (3.) & præterea ex Inſtitutionibus Imp. IVSTINIANI (4.) in quibus variæ juris ſcripti Romanorum ſpecies exponuntur, luculentiſſime apparet. Neque alius modus, leges expreſſa Imperantium voluntate conſtitutas, promulgandi in Germania hodie receptus eſt, cum illæ typis exſcriptæ omnium oculis facile ſubjici, atque adeo in cunctorum ſubditorum notitiam illico deduci poſſint.

(1.) *in §. 10. I. de I. N. G. & Civ.*
(2.) *in Commentar. ad d. §. 10.*
(3.) *in Commentar. ad §. 3. I. & I. N. G. & Civ.*
(4.) *in §. 3. ſeqq. cit. Tit.*

§. V.

Quodſi vero *tacita* imperantis voluntate jus conditur, *jus conſuetudinarium* inde enaſcitur, ut pote quod in generaliſſima ſignificatione recte deſcribitur, quod ſit *jus tacita imperantis voluntate per actus ſubditorum habiles introductum.* Quia igitur tacita voluntas juxta §. 1. ex factis colligitur: cum primis obſervandum erit, quod heic, & ſubditi, & imperantes faciant, ac proin illorum & horum facta expendi debent. Illi, dum plures actus uni formes ac cæteroquin ad inducendam conſuetudinem idoneos ſuſcipiunt, hoc ipſo, quem in modum legem fieri exoptent, declarant. Hi dum actus ſubditorum habiles reſciscunt, aut reſciciſſe præ ſumuntur, eosque tolerant, nec cum poſſint impediant, illos tacite probare, & ut in futurum iis convenienter jus dicatur, ſtatuere cenſentur. Unde conſequens eſt, ad introducendam conſuetudinem duo potiſſimum requiri, 1) actus ſubditorum habiles, quippe qui jus conſuetudinarium ſemper

praecedunt, cum ex diverso juris expresse lati usus & exercitium quod non minus in actibus, subditorum legi congruenter institutis consistit, *sequatur*, prout apposite observat GVNDLINGIVS (1). 2) tacitam imperantis voluntatem, quippe quae ex actibus subditorum idoneis, ab imperante toleratis colligitur, atque vim juris etiam quoad futurum habere, videtur. De quibus requisitis ut paulo copiosius nunc dispiciamus, operae pretium fuerit.

(1) *in Gundling. P. VII. Obs. 3. §. 14. in f. p. 152.*

§. VI.

Ut itaque actus subditorum habiles sint, & consuetudinis introductivi, 1) plures perpetratos esse oportet. Innuit hoc Imperator ALEXANDER (1) *Praeses*, inquiens, *provinciae probatis his quae in oppido* FREQVENTER *in eodem controversiarum genere, servata sunt causa cognita statuet:* nec non Impp. LEO & ANTHEMIVS, (2) rati, *servatam* TENACITER consuetudinem legem imitari. Unde nobis ne quicquam probatur sententia eorum, qui vel *duos* actus ad inducendam consuetudinem sufficere autumant, si quidem frequentia heic desiderata duobus vel tribus actibus haud quaquam absolvitur, quemadmodum nec Senatus aut collegium, cum non nisi duo aut tres de Senatu collegiove adsunt frequens dici, aut consuetudo tenaciter servata vocari potest, quae non saepissime servata fuit, prout recte rationes subduxit GERARDVS NOODTIVS (3.) Multo minus adstipulari possumus TITIO (4) etiam unicum actum haic sufficere opinanti, si illi confirmatio imperantis accedat. Quis enim certo asseverare ausit, imperantem velle, ut illud, quod intuitu unius specialis actus statuit, ad omnes similes actus generaliter extendatur? experientia quippe abunde comprobat, quantum saepe gratiae personarum aut odio detur, ut adeo ex unica actus cujusdam

jusdam confirmatione generatem regulam mox formare nimis illepidum sit.

(1.) *in l. 1. C. quæ sit longa consuet.*
(2.) *in l. 3. C. cod.*
(3.) *in Comment. ad ʃʃ. L. 1. T. 3. p. 13.*
(4.) *in Jure Priv. Lib. 1. c. 7. §. 9.*

§. VII.

Deinde II) actus illi plures ac frequentes debent quoque *uni formes* esse, seu homogenei, cum cæteroquin non sint plures, quoniam dissimilia per se consistunt seorsim, nec numerum efficiunt, recte judicante GVNDLINGIO (1) Unde facile est ad intelligendum, consuetudinem, quatenus adhuc formanda & introducenda est, etiam per unicum actum contrarium in nativitate sua impediri, eique, contra quem illa urgetur, exceptionem *interruptæ consuetudinis* recte accommodari, docente HARPRECHTO, (2.) CARPZOVIO, (3) COLERO, (4) SCHILTERO (5) aliis.

(1) *ad ʃʃ. Lib. 1. Tit. 3. m. 2. §. 4. p. 47.*
(2) *Vol. Nov. Consil. 16. n. 909. sqq.*
(3.) *Part. 2. Const. 3. def. 22. n. 6.*
(4.) *de Process. Execut. P. I. C. 3. n. 35. inf.*
(5.) *Exercit. ad ʃʃ. 2. §. 21.*

§. VIII.

Nec minus III.) requiritur, ut actus consuetudinis inductivi *per diuturnum tempus continuati* sint. Quo collimat Imperator IVSTINIANVS (1.) diuturnos mores legem demum imitari, præcipiens, nec non VLPIANVS (2) diuturnæ consuetudinis mentionem & injiciens, itemque IVLIANVS (3.) *inveteratam* consuetudinem pro lege custodiendum esse statuens, & qui id clarius adhuc exprimit HERMOGENIA-

NVS

NVS (4) dum ea quæ longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, servanda esse definit. Interim quia certus annorum numerus Jure Civ. determinatus non est, ultro largimur, multum arbitrio judicis eatenus oportere relinqui, tantumque temporis, in universum requiri, ut intra illud de scientia & patientia Legislatoris, ac proin ejus tacita voluntate probabiliter apparet. Quamvis enim hanc sententiam impuguet TITIVS (5) eam tamen optimis ex rationibus tuentur NOODTIVS (6) GVNDLINGIVS (7) cæteri. Jure vero Sax. certum tempus heic expressum esse scilicet XXX. anorum anni & diei, in vulgo notum est: quod qua ratione contra Juris hujus osores & vituperatores defendi queat, rectissime TITIVS (8) atque GVNDLINGIVS (9) docuerunt.

(1.) *in §. 9. I. de I. N. G. & Civ.*
(2.) *in l. 33. π. de LL. SCtis. & long. consuet.*
(3.) *in l. 32. §. 1. ff. dict. tit.*
(4) *in l. 35. ff. eod.*
(5.) *in Jur. Priv. L. I. c. 7. §. 12.*
(6.) *in Commentar. ad ff. c. l. p. 13.*
(7.) *in Gundling. P. VII. Obs. 3. §. 23. p. 163.*
(8.) *in Jur. Priv. c. l. §. 12. 13.*
(9.) *ad π. c. l. §. 11. p. 49. Add. SHILTER. Exerc. ad π. §. 19.*

§. IX.

Ulterius IV) formandæ consuetudini illi demum actus idonei censentur, qui *ex opinione necessitatis* peracti sunt. Illustrationis gratia ad ferre juvat exemplum substitutionis pupillaris quam VLPIANVS (1.) moribus introductam esse adserit. Fac igitur, Cajum primum filio suo impuberi eo modo substituisse, & heredes extraneos in casum, si filius quidem heres fuerit, sed antequum in suam tutelam

per-

perveniat decesserit nominasse, heredes vero legitimos qui impuberis in voluntate testatoris, eo quod illam ratam ac jure civili validam existimarent, acquievisse, hereditatem substituto reliquisse; fac porro, Sejum aliosque cives Romanos idem tentasse, heredesque simili persuasione ductos substitutionem non impugnasse; sic demum consuetudo paulatim invalescere potuit. Aliud exemplum sistit BOEHMERVS, (2.) sequentem proponens speciem: In statuto quodam cautum erat, ne maritus uxori suæ in præjudicium liberorum ultra tertiam relinqueret: multoties tamen deinceps evenerat, ut mariti uxoribus suis ultra tertiam legarent, liberi vero, ad quorum favorem statutum respexit paternæ voluntati obtemperarent, rati, patrem jure suo ita disponere potuisse ejusque testamentum ideo in firmum haud esse; exinde igitur facillime consuetudo statuto isti contraria exsurgere potuit. Ex quibus simul patesit actus ex mera libertate exercitos introducendæ consuetudini haud quaquam sufficere. Ponamus enim communitatem quandam habere jus eligendi Ministros ecclesiæ, accidisse compluries ut defuncto e. g. Pastore Diaconus eidem suffertus fuerit: ponamus porro in præsenti iterum vacare munus Pastoris, communitatem autem gravibus ex causis arbitrari e re sua & ecclesiæ fore, si alius quam Diaconus, in Pastorem eligatur; An propterea Diaconus contradicere & ad consuetudinem inveteratam provocando, ut ipse Pastoris muneri præponatur, petere poterit? Non putamus, cum communitas ejusmodi electiones ex mera libertate susceperit. Sed & de aliis actibus voluntariis idem dicendum erit. Finge enim in specie ex BOEHMERO paulo ante proposita liberos testamentum patris impugnasse, causam vero transactione tandem sopitam viduæque defuncti aliquid ultra tertiam ultro a liberis relictum esse: talis actus ad consuetudinis inductionem nihil plane conferre poterit; uti pluribus hoc ipsum laudatissimus BOEHMERVS (3.) illustravit.

 (1.) *in*

(1.) *in l. 2. π. de Vulgar. & Pupill. Subst.*
(2.) *in Consult. & Decis. T. II. Resp. 869. n. 13 - 19.*
(3.) *in Consult. & Decis. T. I. P. II. Resp. 45. n. 417. sqq.*

§. X.

Tandem V) actus etiam *rationabiles* esse oportet, hoc est naturali juri non contrarios, si ex illis consuetudo oriri debet; alioquin enim docente GREGORIO (1) corruptela magis quam jus vocari meretur. Neque tamen illico putandum est, consuetudinem ideo esse irrationabilem, quod vel ejus ratio non apparet, vel aliquid rationis eidem opponi potest, uti recte observat MEVIUS (2.) Hinc sæpe in hypothesi ambigitur, utrum consuetudo, de qua quæstio incidit, rationabilis sit nec ne? Exemplum modo citatus MEVIUS (3) exhibet, inquirens, an consuetudo quæ parentes a liberorum defunctorum successione penitus, etiam quoad legitimam excludit, valere possit? ubi quidem illi negativa probatur, eo, quod parentibus jure naturæ debeatur successio, & consequenter eos penitus a liberorum bonis excludere, a pietate & jure alienum atque ideo improbum videatur. Sed cum legitima docente STRYCKIO (4) & EVER. OTTONE (5) eatenus solum naturæ debitum sit, quatenus alimenta liberis aut parentibus egenis præstanda continet: de ista sententia MEVII non immerito dubitamus. Sic per consuetudinem quondam invaluit ut cœnobia ad recipiendos alendosque canes venatorios obligarentur, quam consuetudinem a non nullis pro impia haberi refert LEYSERUS (6) quamvis ipse eam a ratione & pietate non adeo abhorrere recte existimet. Majori jure inter irrationabiles consuetudines referimus eas, quæ ab opificibus quondam in absolutione ac dimissione tironum aliisque occasionibus passim receptæ fuerunt, quas ex parte recensuit, simulque damnavit Augustissimus Imperator CAROLUS VI. in celebratissimo illo Edicto quod anno 1731. cum consen-

su

ſu ſtatuum Imperii ad abolendos ejusmodi abuſus condidit, & per totum Imperium publicari juſſit. Nec minus in hunc cenſum veniunt Conſuetudines, juxta quas Magiſtratus res furtivas apud furem deprehenſas, itemque bona naufragorum ſibi vindicant, quas cum aliis ejusmodi abuſibus CAROLVS V. Imperator (7.) expreſſe improbat, & pro conſuetudinibus irrationabilibus habendas eſſe præcipit. Neque dubitamus, quin huc etiam pertineat conſuetudo carnificum, vi cujus illi omne id quod in loco ubi cadaver propricidæ poſitum eſt, reperitur, quodque ipſi ſtantes juxta cadaver infra, ſupra, ſurſum ac deorſum in conferentia gladio attingere poſſunt, ceu lucrum ſibi vindicant, de qua prolixius LVDOVICI (8) commentatus eſt.

(1.) *in c. f. X. de Conſuet. Add. c. mala conſuet. 3. Diſt. 8.*
(2.) *P. 2. dec. 378. & P. 9. dec. 160. Add. Gundlingian. P. VII. Obſ. 3. §. 24. ſqq.*
(3.) *P. 9. dec. 161. & in Comment. ad J. Lub. P. 2. Tit. 2. art. 1. n. 55. & 56.*
(4.) *in Vs. Mod. ff. de Inoff. teſt. §. 17.*
(5.) *in Commentat. ad d. T. de Inoff. Teſtam.*
(6.) *in Diſſert. de Metat. Append. §. 13.*
(7.) *in Conſt. Crim. art. 20. & 218.*
(8.) *in Diſſ. de Jure Carnificum in bona propricidarum.*

§. XI.

Præter requiſita hactenus enumerata non nulli quoque actus *judiciales* præciſe deſiderant, cui doctrinæ tamen non obſcure refragatur CALLISTRATVS (1.) qui rerum perpetuo ſimiliter judicatarum auctoritatem conſuetudinem diſerte opponit, atque adeo illam ad hujus conſtitutionem abſciſſe non requiri perſpicue indicat. Quamvis non diffiteamur, actus aliquando contradictos & judicio deinde firmatos faciliorem ſæpe reddere probationem, quo collimare nobis

 vide-

videtur VLPIANVS (2) dum primum illud explorandum arbitratur, *an etiam contradicto aliquando judicio consuetudo firmata sit.* Circa cujus textus lectionem opportune observat NOODTIVS (3.) cumque secutus GVNDLINGIVS (4.) loco vocabuli *contradicto* quod illiberalem admodum sensum gignit, cum Græcis legendum esse contradicta, qua ratione omnia plana magisque expedita esse nemo non videt.

(1.) *in l. 38. ff. de Legib. SCtis. & long. consuet.*
(2.) *in l. 34. ff. eod.*
(3.) *in Commentar. ad ff. d. Tit. p. 13.*
(4.) *ad ff. c. l. §. 10. p. 48. & in Gundling. P. VII. Obs. 3. §. 19. p. 156.*

§. XII.

Consideravimus huc usque, quomodo actus subditorum comparatos esse oporteat, ut ex illis consuetudo enasci possit. Verum sicut actus subditorum soli, licet qualitatibus recensitis gaudeant, formalem consuetudinem sive jus consuetudinarium non efficiunt, sed juxta §. 5. imperantis quoque voluntas tacita accedere debet: ita nunc expendi meretur, ex quo illa imperantis voluntas inferri atque colligi perspicue queat. Ubi quidem animadvertendum, respiciendum heic in primis esse ad lubentem Legislatorum permissionem, qui dum plures seu frequentes ejusdem generis actus a subditis exercitos rescifcunt, & sine contradictione tolerant, eosdem approbasse, & ut illis imposterum convenienter jus dicatur voluisse censentur, & quamvis videri posset tales actus vix ac ne vix quidem in imperantium, amplos præsertim terras possidentium notitiam pervenire, nec proin tacitum eorum consensum exinde tuto colligi posse: attamen cum cæteroquin, observante BOEHMERO (1) itemque KRESSIO (2) Scientia & patientia officialium pro scientia & patientia ipsius Principis habeatur

habeatur hoc ipſum in præſenti tanto magis recipiendum eſſe exiſtimamus, quoniam partim regulæ conſilii & prudentiæ ſuadent, ut inveterati ſubditorum mores tolerentur, partim etiam Legislatores ſæpe ipſi jubent, ut ſecundum probas & rationabiles conſuetudines judicetur, quales jusſiones non in Jure Juſtinianeo (3) ſolum, ſed & in Receſſ. Imperii (4.) ac Legibus Provincialibus (5.) paſſim deprehenduntur, ex quibus facile eſt comprehenſu, imperantes admodum proclives eſſe ad actus ſubditorum debitis & hucusque expoſitis requiſitis, probandos firmandosque, ita ut in vim juris tandem evaleſcant.

(1.) *in Conſult. & Decis. T. I. P. II. Reſp. 17. n. 22.*

(2.) *in Diſſert. de Jure Officior & official. C. 5. §. 9.*

(3.) *v. pr. & de Offic. Jud. ibi: aut moribus.*

(4.) *v.* R. *a. 1654. §.* benebens ſollen 105. *ubi* und Gewohnheiten. *Ord. Jud. Aulic. T. 1. ubi*: Gute Ordnung und Gewohnheiten *Add.* KULPIS. *de Obſerv. Impr. §. 3.*

(5.) *v. Conſtit. Elect. Sax. P. II. c. 16. & 27. item P. 3. Conſtit. 20. & alibi.*

§. XIII.

Quando quidem igitur conſuetudo, ſecundum hactenus deducta, tacita imperantis voluntate ex idoneis atque habilibus factis elicita perficitur: conſequens eſt, ut ea vix præſumatur, ſed ab illo, qui in iſta ſe fundat, probari debeat; quo reſpectu etiam facti eſſe, & in facto conſiſtere, autore BONIFACIO (1.) Pontif. cenſetur. Et quamvis communiter conſuetudinem *notoriam* excipias, eamque probatione non indigere autument: nihil ominus tamen ſi illa ab adverſa parte negetur, vel jactata ejus notorietas in dubium revocetur, probanda erit, docente BOEHMERO (2.). Nec ob onere probandi relevat nudum atteſtatum Magiſtratus

vel Judicis de consuetudine recepta fidem facientis, prout recte judicant CARPZOVIUS (3.) BRUNEMANNUS (4.) MEVIUS (5.) alii.

(1.) *in c. 1. de Constitut. in 6to.*
(2.) *in Consult. & Decis. T. 1. P. II. Resp. 59. n. 12.*
(3.) *P. 2. Const. 3. def. 22.*
(4.) *in Commentar. ad l. 34. ff. de Legib. n. 4.*
(5.) *Part. IV. decis. 2.*

§. XIV.

Qua ratione vero in probatione ista expedienda versari debeant Advocati, egregie post COLERUM (1.) & SCHILTERUM (2.) exposuit KEMMERICHIUS (3.) scilicet *primo* generalis articulus probatorius præmittitur, quod talis consuetudo in loco quodam vigeat. *Secundo* formatur articulus specialis, quod hoc vel illo tempore in hac vel illa causa actus consuetudinis inductivus gestus sit. *Tertio* adjicitur novus articulus de alio atque alio actu, debitis qualitatibus non minus gaudente, conceptus: & sic deinceps continuatur, usque dum tot actus habiles prolati fuerint, ut de veritate receptæ consuetudinis amplius dubitari nequeat. Notanter vero asservi, actus *habiles & consuetudinis inductivos* adducendos probandosque esse. Neque enim sufficit, actus solummodo plures sive frequentes ac per diuturnum tempus exercitos allegasse: sed etiam reliquæ eorum qualitates necessariæ in articulis probatorialibus tangi atque exprimi debent, veluti: quod actus illi sint *uniformes*, quo referri posse videtur celebratissimum illud ICtorum assertum, consuetudinem specifice atque in individuo probandam esse; Nimirum explicante MEVIO (4.) in similibus plane casibus concurrentibus iisdem qualitatibus & circumstantiis, quæ sunt in facto controverso, idem jam antea

plus

plus vice simplici observatum esse ostendendum. Addatur BOEHMERUS (5.) eleganti hoc præjudicio illustrans. Nec minus articuli ita formari debent, ut ex iis appareat, actus illos *ex opinione necessitatis* peractos fuisse: quo respiciens SCHILTERUS (6.) apposite monet, testes de consuetudine deponentes de ratione etiam scientiæ suæ debere deponere, ut pote quia viderunt ita observari, *idque publice, præsentibus & scientibus multis personis.* Quodsi tamen de tali agatur consuetudine, per quam grave aliquod onus, e. g. laudemium majus, census emigrationis, vel simile quid subjectis imponitur, hanc qualitatem non probandam esse, sed præsumi potius, eo magis existimamus, quo certius est, subditos talia onera vix suscipere, nisi ad ea suscipienda obligatos se atque obstrictos esse opinentur. Quamvis denique actus consuetudinis introductivos etiam *rationabiles* esse oporteat: hæc tamen qualitas iterum, probatione non eget, sed tamdiu præsumitur, donec contrarium legitime fuerit probatum, prout recte advertit TITIUS (7.)

(1.) *de Proc. Execut.* P. I. c. 3. n. 34.

(2.) *in exercit. ad* ff. 2. §. 20.

(3.) *in Differt. de Probat. Consuet. & observant.* Sect. 2. & 3.

(4.) P. IV. decis. 3. n. 7.

(5.) *in Jure Eccles. Protest.* L. I. Tit. 4. §. 44.

(6.) c. l. *in annot. lit. a.*

(7.) *in Jure Priv.* l. c. c. 7. §. 24.

§. XV.

Quemadmodum porro Imperium nostrum Romano-Germanicum magnam aliquam civitatem constituit, quæ ambitu suo plura specialia territoria, quorum singula varia iterum

iterum municipia, vicos & pagos continent, complectitur: ita inde consequitur consuetudines, ad exemplum juris scripti, non inepte dispesci in Universales, speciales, & specialissimas. *Universales* appellantur, quæ per universum Imperium vigent, ut pote quod pacta nuda civilem obligationem & actionem, producant, secundum MEVIVM (1.) CARPZOVIVM (2.) & plures alios: quod pacta successoria, cæteris paribus, valida sint, secundum SCHILTERVM (3.) HARPRECHTVM (4.) GAILIVM (5.) & BOEHMERVM (6.) quod instrumenta etiam privata liquida paratam executionem habeant, juxta MEVIVM (7.) & BRVNEMANNVM (8.) quod libri mercatorum, necessariis requisitis instructi, semi plene probent, secundum STRYKIVM (9.); quod in caussis criminalibus non appelletur, secundum GAILIVM (10.) quod delinquentes ad forum delicti non ex necessitate, sed urbanitate solum remittantur, secundum CARPZOVIVM (11.) & RICHTERVM (12.) cujus generis adhuc plures & tantum non infinitas dari in propatulo est. *Speciales* ex diverso consuetudines dicuntur, quæ in singulis ac specialibus Germania territoriis obtinent. Sic de Saxonia testatur BARTHIVS (13.) quod gerada per usum & consuetudinem ibi fuerit introducta. In Pomerania teste MEVIO (14.) Jurisdictio criminalis ordinarie feudis ex consuetudine adhæret. In Thuringia referente LYNCKERO (15.) matri post mortem patris in bonis liberorum usus fructus relinquitur, quo usque hi familiam propriam non constituunt, vel mater ad secunda vota transit. Specialissimæ denique vocantur, quæ in certis præfecturis, municipiis, vicis pagisue obtinent. Sic in non nullis civitatibus, vel pagis juri protimiseos & retractus ex sola vicinitate locus relinquitur teste RICHTERO (16.) Alibi communio bonorum inter conjuges moribus invaluit, tradente HERTIO (17.) plura exempla jam adferre, brevitatis studio supersedeo.

(1.) *Part. V. dec. 407.*

(2.) P. 2.

(2.) *P. 2. Const. 19. def. 17. n. 8.*
(3.) *in Exerc. ad ff. IIX. §. 35. seqq.*
(4.) *de Fidei commiss. Convent. Th. 31. n. 14. sqq.*
(5.) *Lib. 2. Obs. 127.*
(6.) *Consuelt. & Decis. T. I. P. II. Resp. 46.*
(7.) *P. III. dec. 179. P. III. dec. 18. n. 2.*
(8.) *in rubr. & l. 1. ff. de Fide instrum. n. 6. Add.* STRVK *in U. M. ff. d. Tit. §. 6.*
(9.) *in Usu Mod. n. de Fide instrum. §. 7. sqq.*
(10.) *L. 1. Obs. 1. n. 27. Add. Ord. Crim. P. II. Tit. 28. §. 5.*
(11.) *in Pract. Rerr. Crim. qu. 110. n. 54. sqq.*
(12.) *Part. I. decis. 15. n. 7. sqq.*
(13.) *in Tract. de Gerada c. l. §. 1. & 4.*
(14.) *Part. I. Decis. 45. n. 2.*
(15.) *in Dissert. de Matr. Potest. in liberos §. 15. inf. Add.* RICHTER *P. I. dec. 18.*
(16.) *Part. II. dec. 76. n. 67. sqq.*
(17.) *de Paroem. Jur. Germ. L. 1. Paroem. 69.*

§. XVI.

Distinctionis autem modo propositæ usus in eo potissimum se exserit, quod consuetudines *Universales* etiam in omnibus & singulis locis specialibus per Germaniam, nisi aliud statutum aut moribus receptum probetur, vigere, *speciales* vero per illam provinciam solum in qua invaluerunt, effectum habere censeantur, ac proin in aliis territoriis, licet eidem domino Territoriali subjectis ad eas provocari nequeat, prout exemplis hoc illustrat MEVIUS (1.) quamvis de cætero negari non possit, specialem ejusmodi consuetudinem per totum provinciam receptam in locis specialibus quoque, ad illam provincium pertinentibus, observari eousque, donec de alia consuetudine ibidem introdu-

cta constet, seu rectissime sentit BOEHMERVS (2). Consuetudines denique *specialissimæ* nec de loco in locum proferri, nec docente MEVIO (3.) ad bona & res a jurisdictione e. g. civitatis exemtas extendi possunt.

(1) *P. I. Decis. 45. & P. VII. dec. 254. n. 12. 13.*
(2.) *In Consult. & Decis. T. I. P. II. Resp. 75. n. 20.*
(3.) *P. II. Decis. 30.*

§. XVII.

Superest, ut de effectu Consuetudinis legitime introductæ paucissimis adhuc disseramus. Exprimitur ille satis evidenter JVSTINIANO, (1.) dum diuturnos mores legem imitari præcipit, nec non a JVLIANO JCto, (2) qui inveteratam consuetudinem pro lege non immerito custodiri definit. Quemadmodum igitur, autore MODESTINO (3.) legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire: ita easdem virtutes consuetudini tribuendas esse persuasi sumus. Imperat sc. consuetudo, actiones subditorum dirigendo, iisque certam normam, certasve solennitates præscribendo. Vetat, dum prohibet, ne actus consuetudini receptæ convenienter gesti impugnentur aut rescindantur, neve, qui secundum invalitam consuetudinem egerunt puniantur. Permittit dum jura singularia tribuit, vel juxta mores receptos licite & impune agere sinit. Tandem etiam punit dum actus Consuetudini consequentèr non susceptos, vel pro nullis ac invalidis habet, vel rescindit, vel alia pœna coercet.

(1) *in §. 9. J. de J. N. G. & Civ.*
(2) *in l. 37. §. 1. ff. de LL.*
(3) *in P. 7. ff. de LL.*

§. XVIII.

Num vero consuetudinis ususque longævi tanta sit autoritas,

ritas, ut legem anteriorem, expressa imperantis voluntate conditam, mutare aut tollere possit? ambigitur. Plane HERTIVS (1) hoc indiscriminatim admittere noluit, sed distinctionem fecit inter leges distincte aliquid jubentes vetantesve, aut clausulaa, ne mutentur, munitas, & leges eo solummodo fine, ut arbitrii excludaatur varietas, perlatas. Illas per consuetudinem posteriorem tolli posse negat: Has vero abrogari posse concedit. Sed nobis indistincte placet sententia adfirmans eo quod rationes quæ imperantem sæpe permovent, ut in consuetudinem legi suæ contrariam tacite consentiat, de quibus elegantissime GVNDLINGIVS (2.) exposuit, in omnis generis leges quadrant. Unde etiam generaliter JVLIANVS (3.) pronuntiat, leges non solum suffragio Legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogari. Et GREGORIVS IX. Pontifex (4) in universum permittit, ut juri positivo per consuetudinem præjudicium generari possit, si modo ea sit rationabilis & legitime præscripta. Nec obstat l. 2. C. quæ sit long. consuet. ubi diserte negatur, consuetudinem legem vincere posse: Hoc enim assertum de lege quæ consuetudine posterior est, accipiendum esse tam perspicuis Solidisque rationibus evicit NOODTIVS (5.) ut ne ullum quidem amplius dubium superesse amplius possit.

(1.) *In Diss. de Lege clausula ne abrogari possit munita Sect. I. §. 10. junct. Dissert. de Differentiis Juris in Stat. Nat. & Advent. Sect. I. §. 8.*
(2.) *In GVNDLINGIAN. P. VII. Obs. 3. §. 6. -* 14.
(3.) *In l. 32. §. 1. ff. de LL. SCtis & long. consuet.*
(4) *In c. & X. de Consuet.*
(5) *In Commentar. ad ff. de Legib.*

§. XIX.

Tandem, quod ad contraria consuetudinis attinet, ea sine dubio secundum ea quæ circa finem §vi præced. ex

NOODTIO allata sunt, a Legislatore per *expressam legem* contrariam tolli ac mutari possunt: nisi forte consuetudo specialis certis personis jus singulare, e. g. parochianis jus eligendi per majora vota Ministrum ecclesiæ, tribuat; talis quippe consuetudo privilegio æquiparatur, & ideo æque difficulter ac privilegium tolli potest, docente BOEHMERO (1.) Sed & per consuetudinem novam contrariam, priorem iterum mutari posse, in comperto est, modo observetur non illico unum alterumve actum contrarium consuetudinem contrariam inducere, sed requisata ad consuetudinem introducendam necessaria conjunctim debere concurrere. Quamvis enim consuetudo adhuc formanda & introducenda per intervendum unius duntaxat contrarii actus in nativitate sua impediatur: tamen quando ea per actuum conformium frequentiam & temporis diuturnitatem semel formata & in esse producta est, tunc per unum vel alterum actum eidem contrarium haudquaquam tollitur, prout copiosius HARPRECHTIUS (2.) demonstravit.

(1.) in Consult. & Decis. T. I. P. I. Resp. 33. n. 60.
(2.) in Vol. Nov. Cons. XVI. n. 909. sqq.

§. XX.

Potuissent quidem quæ de jure consuetudinario huc usque commentati sumus, ulterius illustrari, & multa adhuc ad materiam tam late patentem pertinentia in medium proferri. Verum quia Specimen academicum solum in præsenti edere, non vero integrum Tractatum conscribere institui, filum hic ambrumpo omniaque, quæ dicta sunt, benignæ Benevoli Lectoris censuræ ea, qua decet, modestia submitto.



FINIS.